



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº.: 217 /2018

50ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 22.10.2018 – 13h 30min

PROCESSO Nº: 1/2570/2014 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/2014.05724-7

RECORRENTE: RM REPRESENTAÇÕES LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA.

CGF Nº: 06.316.677-1

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCAO DE SOUZA

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE - OPERAÇÕES SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Aproveitamento indevido de crédito fiscal relativo à aquisição interestadual de combustível. Imunidade prevista no art. 155, § 2º, X, 'b', da Constituição Federal. A não incidência do ICMS nessas operações impossibilita a geração de crédito para o adquirente, consoante disposto no artigo 65, I, do Decreto nº 24.569/97. Nulidade por ausência de clareza da acusação fiscal afastada, sob o entendimento que houve defesa abordando a questão denunciada o que demonstra o pleno entendimento da acusação registrada no auto de infração. Afastada, também, a nulidade por falta de indicação do inciso do art. 65 do Decreto nº 24.569/97, pois não foi impeditivo para o exercício da defesa em face da clareza da acusação narrada na peça exordial. Reconhecida a decadência do crédito pertinente ao mês de abril/2009, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN. Auto de Infração **PARCIAL PROCEDENTE**. Penalidade prevista no art. 123, II, 'a', da Lei nº 12.670/96. Decisão nos termos do voto do conselheiro relator, em desacordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM COMBUSTÍVEL - VEDAÇÃO AO CRÉDITO FISCAL PREVISTA NA CARTA MAGNA E NA LEGISLAÇÃO DO ICMS

RELATÓRIO:

A peça vestibular do processo em apreço estampa a seguinte acusação fiscal:

"CRÉDITO INDEVIDO, ASSIM CONSIDERADO TODO AQUELE ESCRITURADO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO OU DECORRENTE DA NÃO-REALIZAÇÃO DE ESTORNO, NOS CASOS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO.

A EMPRESA CREDITOU-SE DE ICMS COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS EM OUTROS ESTADOS, O QUE NÃO É PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO DO ICMS-CEARÁ, NOS PERÍODOS DE ABRIL/2009, ABRIL, JULHO, SETEMBRO E NOVEMBRO/2010, NO VALOR DE R\$168.262,38”.

O agente fiscal aponta os dispositivos infringidos: artigos 57 e 65 do Decreto nº 24.569/97; sugere a penalidade aplicável ao caso: art. 123, II, 'a', da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003; e os valores do principal e da multa, ambos na igual cifra de R\$168.262,38.

Nas Informações Complementares, fls.03 a 05, a autoridade fiscal produz o demonstrativo dos créditos fiscais considerados indevidos e apresenta as razões da lavratura do auto de infração, que seguem reproduzidas, em síntese. Vejamos:

“...anexamos ao presente as cópias das consultas ao sistema DIF-SEFAZ, relativas aos meses de abril de 2009 e abril, julho, setembro e novembro de 2010, nas quais constam os créditos de ICMS originários de aquisições de COMBUSTÍVEIS em outro Estados da Federação, algumas de combustíveis totalmente alheios à atividade fim da empresa, como álcool e gasolina, cujos créditos também são vedados, lançados sob o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP 2653, considerados INDEVIDOS, no valor total de R\$168.262,38...”

“Anexamos ao presente, cópias das notas fiscais originárias dos créditos aqui elencados, com exceção do mês de setembro de 2010, as quais não foram entregues à auditoria, conforme se depreende dos protocolos de recebimento da documentação da empresa sob ação fiscal, com cópias também anexadas a estas, e cujos valores foram extraídos da consulta “RELAÇÃO DE ENTRADAS E SAÍDAS POR CFOP’S” do sistema “DIF – Declaração de Informações Econômico – Fiscais do referido mês”.

A autoridade fiscal anexou às fls. 10 a 14 a DIF - Declaração de Informações Econômico-Fiscais (declaração de entradas e saídas por CFOP's) relativa aos meses de abril/2009, abril, julho, setembro e novembro de 2010. Anexou, também, aos autos cópias das notas fiscais cujo crédito foi considerado inidôneo (fls. 15 a 61).

A empresa ingressa com defesa às fls. 147/148, tempestivamente, na qual traz a lume os pareceres 144/2001, 301/2001, 622/2002, 1345/2002 e 147/2004, para afirmar que todos estabelecem o direito ao crédito de ICMS para empresas que optarem pelo regime nacional de tributação. Alega que a empresa é uma prestadora de serviços de transporte de carga e, portanto, tem direito ao crédito de combustíveis, conforme se extrai do disposto no artigo 4º, inciso III, do Decreto nº 24.569/97. Argui, ainda, que os veículos são uma extensão do estabelecimento por força do disposto no artigo 18 do Decreto nº 24.569/97. Por último, destaca que o parecer 147/2004 autoriza o creditamento de combustíveis em operações internas.

O julgador monocrático, por sua vez, decide pela procedência da autuação, conforme julgamento que repousa às fls. 214 a 218. Segue abaixo a ementa da decisão proferida (fl.214):

“ICMS - CRÉDITO INDEVIDO – Acusação fiscal de apropriação indevida de crédito do imposto, constituída a partir da constatação do aproveitamento de créditos fiscais do imposto em operações interestaduais de abastecimento com combustíveis líquidos e gasosos, favorecidos com a imunidade prevista no Art. 155, § 2º, X, “b” da Constituição Federal, julgada **Procedente**, em face da não incidência do ICMS nessas operações, o que sob o viés específico do Princípio da Não-Cumulatividade do imposto, impossibilita a geração de créditos fiscais pra compensação com os débitos das prestações realizadas pela sociedade em

presária em tela, conforme o precedente da Resolução 127/13, da 1ª Câmara de Julgamento deste CONAT, com **votação unânime**. Dispositivos infringidos, aqui modificados para especificação do inciso VI do art. 65, e inclusão dos arts.435, II, “b”, § 7º, II; 464 e 468, todos do Decreto 24.569/97. Penalidade a do Art. 123, II, ‘a’ da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03. Impugnação **Tempestiva**”.

A empresa foi formalmente intimada acerca da decisão monocrática e ingressa com Recurso Ordinário (fls.224 a 241) onde requer em grau preliminar a nulidade do feito fiscal por cerceamento do direito de defesa em face da falta de clareza na descrição da suposta infração cometida e também alega que lhe foi ferido o princípio do contraditório à medida que o agente fiscal deixou de apontar qual dos incisos do art. 65 do Decreto nº 24.569/97 foi infringido. Requer a decadência do crédito fiscal relativo ao mês de abril de 2009, por força da regra insculpida no art. 150, § 4º do CTN.

No tocante ao mérito da demanda, a recorrente defende o direito ao crédito fiscal sob o fundamento que provém de um princípio constitucional, no caso o da não cumulatividade do imposto, previsto no art. 155, § 2º, I e II da atual Carta Magna. Subsidia as razões da defesa com doutrina e jurisprudência.

Por último, defende que há nos autos vício material por erro na aplicação da multa prevista no art. 123, II, da Lei nº 12.670/96, pois se as operações são amparadas pela não incidência, como afirma a autoridade julgadora, então a sanção aplicável ao caso seria a prevista no parágrafo único do artigo 126 da mencionada lei.

A Célula de Assessoria Processual Tributária, por meio do Parecer nº 166/2018, acostado as fls. 248 a 252, se manifesta pela confirmação da decisão de PROCEDÊNCIA da acusação fiscal proferida pela julgadora monocrática, no que teve o aval do representante da Procuradoria Geral do Estado – PGE, conforme despacho à fl. 253.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO DO RELATOR

O auto de infração em análise foi lavrado sob a acusação de que a empresa atuada se apropriou indevidamente de créditos de ICMS relativos às aquisições de combustíveis em outros Estados da Federação para prestação de serviços de transporte de cargas. A acusação fiscal está fundada no entendimento de que as operações interestaduais com o mencionado produto estão imunes à incidência do ICMS, razão por que a nota fiscal emitida no ato

do abastecimento do veículo em outro Estado da Federação não gera crédito do imposto para o adquirente estabelecido em outro Estado.

Preliminarmente, cabe analisar o pedido de nulidade fundamentado no cerceamento do direito de defesa. A recorrente alega a ausência de clareza na descrição da suposta infração denunciada pela autoridade fiscal. Ora, uma simples leitura do auto mostra, de forma indubitosa, que a empresa foi autuada em razão de lançar crédito fiscal relativo as aquisições de combustíveis em outros estados da Federação, quando isto não é permitido pela legislação do Ceará. É assim mesmo que está dito na peça exordial

Pois bem. A partir dessa acusação, a empresa ingressou com defesa, posteriormente com o recurso ordinário, e em ambos os casos alega ter direito ao crédito fiscal alvo do lançamento em questão. Defende esse direito à luz do princípio da não-cumulatividade previsto na Carta Magna, bem como apresenta pareceres da SEFAZ/CE como suporte para se apropriar do crédito em questão. Isto demonstra que a empresa compreendeu de que se trata a acusação fiscal, razão porque inaceitável o argumento de que falta clareza na autuação consignada no auto de infração, razão porque o pedido de nulidade não merece guarida.

Outra nulidade requerida pela recorrente, por cerceamento do direito de defesa, está arrimada na falta de indicação no auto de infração de qual inciso relativo ao art. 65 do Decreto nº 24.569/97 fora violado pelo contribuinte. Isto é fato. Na verdade, não foi indicado nenhum dos incisos relativos ao artigo citado, mas isto não causou prejuízo à defesa em face da clareza da acusação fiscal.

Neste sentido, a nulidade suscitada não poderá ser reconhecida, pois reza o artigo 33, § 2º, do Decreto nº 25.468/99 que a ausência da indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos não ensejará a nulidade da autuação, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso.

No tocante ao mérito da questão e com vistas a demonstrar a regularidade do aproveitamento dos créditos de ICMS em causa, a recorrente argumenta que esse imposto é regido pelo princípio da não-cumulatividade, conforme disposto na Constituição Federal.

Com efeito, tal particularidade está contida no artigo 155, § 2º, inciso I, da Carta Magna de 1988, que assim dispõe:

Art. 155. Omissis

I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Por outro lado, o mesmo dispositivo constitucional citado disciplina no inciso II, alínea “a” que as operações contempladas pela não-incidência do ICMS não geram crédito desse imposto, senão vejamos:

II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) Não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes.

Em atendimento a esse preceito fixado no texto constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 87/1996, que no § 1º, do art. 20 dispõe:

Art. 20 – omissis

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Essa mesma disposição legal também pode ser vista no art. 52 da Lei nº 12.670/96, que dispõe sobre o ICMS no Estado do Ceará. Vejamos:

Art. 52. Salvo disposição em contrário, não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, conforme definidos em regulamento.

Ainda sobre o crédito do ICMS, cabe ressaltar que o art. 65, inciso I, do Decreto nº 24.569/97, que regulamentou a Lei nº 12.670/96, veda o creditamento do ICMS nas operações sem a incidência desse imposto. Assim reza o dispositivo citado:

Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

I – operação ou prestação beneficiadas com isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação.

O caso de que se cuida é justamente operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo empregados no abastecimento de veículos, nas quais não é cobrado o ICMS, posto que ressalvadas da incidência do mencionado imposto por expressa disposição constitucional – art. 155, § 2º, inciso X, alínea 'b' – abaixo reproduzida:

Art. 155. Omissis

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X – não incidirá:

(...)

b) Sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

Por último, relevante é reafirmar aqui o teor de excerto do Parecer nº 166 (fls.248 a 252), da lavra da Assessoria Processual Tributária, que mostra que o Parecer 274/2006, expedido pela CATRI, autoriza o creditamento de combustíveis apenas em operações internas.

Diante do exposto, não resta dúvida quanto a ocorrência da infração noticiada na peça vestibular, pois restou provada a escrituração dos créditos fiscais vedados pela legislação tributária que rege a matéria em questão, razão por que cabível ao caso em tela a aplicação da sanção prevista no art. 123, inciso II, 'a', da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003. Incabível a pretensão da recorrente quanto a aplicação da sanção prevista no art. 126, da Lei nº 12.670/96, pois aplicável aos casos em que o imposto creditado e destacado no documento fiscal tivesse sido recolhido pela destinatária, o que não é o caso de que se cuida.

No entanto, não se pode passar ao largo da questão levantada pela recorrente quanto a decadência do crédito fiscal pertinente ao mês de abril de 2009. Com efeito, assiste razão a recorrente, que à fl. 230 do recurso ordinário argumenta que o crédito fiscal pertinente ao mês de abril de 2009 foi atingido pela decadência segundo a regra insculpida no artigo 150, § 4º, do CTN, posto que o contribuinte foi notificado do auto de infração somente em junho de 2014, isto é, já havia transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos para se efetivar o lançamento relativo ao citado mês.

PENALIDADE APLICÁVEL

Diante da infração devidamente configurada nos autos, cabível a penalidade embutida no art. 123, inciso II, alínea "a", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418, de 30/12/03.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO

ICMS: ... R\$167.345,40
MULTA: R\$167.345,40
TOTAL: R\$334.690,80

É o voto.

DECISÃO:


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE** RM REPRESENTAÇÕES LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA. e **RECORRIDO** a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e, tomar as seguintes deliberações: **1. Quanto à alegação de nulidade do feito fiscal por suposto cerceamento do direito de defesa** por falta de clareza na descrição da infração, resolvem afastá-la, entendendo que a alegada falta de clareza inexistente no caso, como bem o prova a própria peça defensiva, na qual a autuada demonstra ter plena compreensão da acusação que lhe foi feita e dela se defende com objetividade. **2. Quanto à arguição de nulidade do auto de infração pelo fato de este não ter apontado qual dos incisos do art. 65 do Decreto 24.569/97 teria sido violado pelo contribuinte**, resolvem afastá-la, fundamentado no que dispõe o art. 33, §2º do Decreto nº 25.468/99,

segundo o qual omissão na indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva penalidade não ensejará a nulidade do auto de infração, desde que o relato da infração seja claro e preciso, como no presente caso; **3. Quanto ao mérito**, entendem que a infração apontada na peça acusatória restou plenamente provada nos autos. Reconhecem que, no entanto, parte dos créditos lançados deve ser excluída da autuação, uma vez que o direito de constituí-los foi atingido pela **decadência**, consoante a regra contida no artigo 150, §4º, do CTN. A notificação do lançamento se deu em 08/07/2014, em relação a fatos geradores ocorridos em abril/2009, abril/2010, julho/2010, setembro/2010 e novembro/2010, donde se conclui que ao tempo da autuação os créditos relativos a abril/2009 não poderiam mais ser constituídos de ofício. Em razão disso resolvem dar parcial provimento ao Recurso Ordinário interposto e modificar a decisão condenatória de 1ª instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o feito fiscal, excluindo-se do lançamento os valores referentes ao mês de abril/2009. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

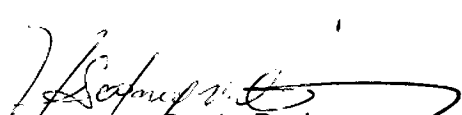
SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 26 de Novembro de 2018.

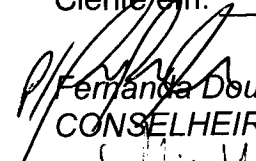

Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE



José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO RELATOR


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO
Ciente em: _____


Fernanda Dourado Aragão Sá Araújo
CONSELHEIRA


Alice Condiin Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Diego Moraes Almeida Vilar
CONSELHEIRO